

**EI PRESUPUESTO SUBJETIVO-
CONDUCTUAL EN EL CONCORDATO
PREVENTIVO DE LA QUIEBRA**

JUAN GUILLERMO DURÁN MANTILLA.

Abogado. Doctorado en Derecho Comercial por la
Universidad de Navarra (España). Profesor de planta de
la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana.

1. Introducción

Hoy en día la empresa presenta un panorama crítico. Por eso, en el campo del Derecho, concretamente del Derecho Mercantil, el cual regula específicamente la crisis de la empresa a través de la disciplina del Derecho Concursal, esta problemática ha adquirido una gran importancia⁽¹⁾.

De ello dan razón la inmensa cantidad de empresas sujetas a procesos concursales, así como la actual reforma de los concordatos que en este momento está en trámite ante el Presidente de la República.

El presente trabajo va dirigido a tratar un aspecto de la disciplina mencionada atrás que consideramos de gran interés, cual es el del

1 La actividad económica es, por decirlo así, la fuente de la cual se nutre el Derecho Mercantil. Joaquín Garrigues, a este respecto, señala que el Derecho Mercantil es un Derecho «...que está muy en contacto con la economía y acusa siempre los latidos de la materia económica fluida e incandescente». (*En torno a la reforma del Derecho Mercantil, en La reforma de la legislación mercantil, Forum Unidversidad-Empresa*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1979, p. 372). Específicamente en el terreno del Derecho Concursal, la doctrina también ha puesto esta idea de relieve así, por ejemplo, Leonardo Prieto-Castro dice que «es imposible hoy construir nuevas ideas para una legislación concursal si no se toman en consideración los factores económicos, sociales y laborales que condicionan lo jurídico en la legislación concursal». (*El Derecho Concursal español y el extranjero*, UNED, Madrid, 1976, p. 22).

presupuesto subjetivo, en su aspecto conductual, del concordato preventivo de la quiebra. Pensamos que el trabajo va en la línea de contribuir a un mayor esclarecimiento de la institución concordatoria, y que en buen porcentaje ya está incluido como uno de los aspectos de la reforma citada. Consiste en examinar hasta qué punto se justifica dicho presupuesto o, en otras palabras, cuál es el alcance efectivo o funcional del mismo dentro de la perspectiva de los objetivos del concordato preventivo.

2. Situación legal

La institución concordatoria se basa en dos presupuestos: uno subjetivo, referente tanto al sujeto que puede acogerse a concordato -el comerciante⁽²⁾-, como a una serie de condiciones que éste debe reunir de carácter conductual; y un presupuesto objetivo, concierne al estado crítico del patrimonio del comerciante (suspensión de pagos o temor de suspenderlos).

Aquí nos fijaremos únicamente, como habíamos dicho, en el presupuesto subjetivo en su vertiente conductual. Veamos en qué consiste. El artículo 1.910 del Código de Comercio señala como condiciones para poder solicitar el concordato preventivo potestativo las siguientes:

1. Estar cumpliendo debidamente sus obligaciones legales en cuanto al registro mercantil y a la contabilidad de sus negocios;
2. No haber sido sancionado por delito contra la propiedad, la fe pública, la economía nacional, la industria y el comercio, o por actos de competencia desleal, contrabando y usurpación de derechos sobre la propiedad industrial;

² Actualmente la distinción entre un Derecho Concursal mercantil y uno civil, según sea comerciante o no quien interviene en él, ha perdido importancia. En efecto, tanto las legislaciones más avanzadas en la materia como la doctrina en general así lo sostienen.

3. No haber sido declarado anteriormente en quiebra o, habiéndolo sido, hallarse legalmente rehabilitado;
4. No haber sido admitido antes a la celebración de concordatos preventivos o, habiéndolos celebrado, haberlos cumplido satisfactoriamente;
5. No estar legalmente sujeto a concordato preventivo obligatorio o a liquidación administrativa forzosa, y
6. Estar autorizada la solicitud conforme a los estatutos, cuando el deudor sea una sociedad.

Como se observa, las cuatro primeras condiciones hacen referencia explícita a cierto tipo de conductas del comerciante: cumplimiento de los deberes relativos al Registro y a la Contabilidad; no haber sido sancionado por la comisión de determinados delitos; rehabilitarse en caso de quiebra, y cumplir a plenitud un concordato anterior. Es de notar, por el contrario, que la primera parte del enunciado de los numerales 3 y 4, así como los numerales 5 y 6, se refieren a aspectos de mera armonía procesal y no a comportamientos subjetivos. De ahí que pueda decirse con propiedad que el presupuesto subjetivo del concordato preventivo presenta claramente una cara conductual, por demás prevista en el espíritu de la institución a través de su historia,⁽³⁾ y que expresamente contempló la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio en el año 1958⁽⁴⁾.

3 Aunque el concordato es una institución que echa sus raíces en el Derecho Romano (en el llamado *pactum ut minus solvatur*) y pervive en el tiempo (por ejemplo con la institución de las moratorias reguladas por el Código o Leyes de Partidas de Alfonso X el Sabio, en las Ordenanzas de Bilbao de 1737), sus antecedentes más próximos los encontramos en la Ley Holandesa de 1838 y en la Ley Belga de 1851 -que sirvieron de arquetipo a las distintas modalidades de concordato preventivo de la quiebra introducidas en varios países (Portugal, Brasil, Argentina, Suiza, Italia España)-, las cuales, al desmembrar el procedimiento de concordato respecto del de quiebra, se basaron en la concepción del concordato como institución para el buen comerciante.

4 El proyecto de Código de Comercio de 1958, en la Exposición de Motivos señala que el concordato preventivo constituye un «estímulo para el buen comerciante». (*Proyecto de Código de Comercio*, tomo II, Exposición de Motivos, Imprenta Nacional, 1958, p. 667).

¿En qué sentido han de manifestarse esas conductas? Deben expresarse de un modo positivo, esto es, que el comerciante ha de comportarse correctamente. De ahí que el concordato preventivo haya sido considerado como beneficio⁽⁵⁾ por cuanto ha de ser otorgado al buen comerciante.

Así lo ha concebido la doctrina tradicional. Por ejemplo, Joaquín Garrigues⁽⁶⁾ dice que «el beneficio de la suspensión de pagos (o concordato preventivo) debería otorgarse sólo a comerciantes que sean dignos de él. Es un beneficio y no un derecho. Pero si se concibe como un derecho, sería prudente negarlo a quienes estuviesen incurso en determinadas causas de indignidad (...). La suspensión de pagos debe reservarse a los comerciantes honestos y desgraciados». En la doctrina nacional, la concepción del concordato preventivo como beneficio en favor del buen comerciante también ha sido regla general. En este sentido, por ejemplo, Horacio Montoya Gil⁽⁷⁾ destaca que «es indispensable que se den y comprueben determinados requisitos de orden personal y moral por parte del deudor que pretende este beneficio...».

5 En el Derecho Romano existieron varios tipos de *Beneficium*; de ellos, para nuestro caso, sólo interesan el llamado *beneficium cessionis ex lege Iulia* y el *beneficium competentiae*, por estar referidos al fenómeno de la insolvencia. En efecto, normalmente cuando el deudor se hallaba en dicha situación de insolvencia ofrecía a sus acreedores sus bienes para que éstos los vendieran y pudieran cobrar con el precio de su venta: era la *cessio bonorum*; los acreedores debían aceptar esta forma de pago cuando el deudor la pedía al magistrado, constituyendo así el *beneficium cessionis ex lege Iulia* (Cfr. D'ors, Alvaro. *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1981, p. 164). La *cessio bonorum*, además, protegía al deudor frente a los acreedores residuales por medio del llamado *beneficium competentiae*, el cual limitaba la *condemnatio* circunscribiendo la ejecución a la solvencia actual del deudor y permitiéndole quedar con los bienes mínimos para su subsistencia. (Cfr. D'ors Alvaro. Ob. cit., p. 120).

6 *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II. Imprenta Aguirre. Madrid, 1974, p. 481. En el mismo sentido se encuentran en España autores como Joaquín Torres De Cruells (Cfr. *La suspensión de pagos*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957, p. 104), José María Sagrera Tizón (Cfr. *Comentarios a la ley de suspensión de pagos*, tomo I, Librería Bosch, Barcelona, 1974, p. 349), etc.

7 *De los concordatos y la quiebra de los comerciantes*. Colección Jurídica Bedout, Medellín, 1981, p. 36. En la doctrina colombiana siguen también esta posición autores como Gabriel Melo Guevara (Cfr. *La institución concordatoria: necesidad de una reforma*. Ministerio de Desarrollo Económico, pp. 9-10), Darío Londoño Saldarriaga (Cfr. *Solicitud y admisión a concordato*. Universitas, número 53, Bogotá, diciembre 1977, p. 110).

Pues bien, éste es el principio de política jurídica que ha sellado a nuestro concordato preventivo de la quiebra y catalizado técnicamente en los cuatro primeros numerales del artículo 1.910 del Código de Comercio, como quedó sentado.

3. Finalidad del concordato preventivo de la quiebra

Llegados a este punto, veamos los propósitos o metas que el Proyecto de Código de Comercio de 1958 fijó para la institución que tratamos. Dice del concordato preventivo la Exposición de Motivos que éste no sólo constituye un estímulo para el buen comerciante -tal como se anotó atrás-, sino también «una medida de protección de los acreedores, ya que éstos pueden, en armonía con su deudor, tomar medidas enderezadas a facilitar el pago de sus créditos o la seguridad de los mismos, pues la liquidación o ruina del deudor no es siempre la mejor defensa de los acreedores. Sin que pueda desconocerse la ventaja que implica para la misma economía nacional esa protección de la empresa o actividad organizada del comerciante, que en caso de circunstancias adversas de los negocios, si es persona que merezca o deba merecer la confianza o crédito de sus acreedores, no se ve condenada irremisiblemente a la liquidación, sino que puede subsistir en beneficio de la economía y sin que por ello se afecten gravemente los intereses de los acreedores»⁽⁸⁾.

Como se ve, tres son los intereses que busca custodiar el concordato preventivo: el del comerciante, el de los acreedores y el de la economía nacional. Ahora bien, queda de manifiesto que en el caso del deudor la Exposición de Motivos lo califica de una manera especial: ha de tratarse de un buen comerciante -concepto que, como se vio, se vierte en el artículo 1.910 del Código de Comercio-. Esto quiere decir -repetámoslo- que la institución concordataria depende de unas calidades concretas que debe satisfacer el deudor comerciante.

8 Proyecto de Código de Comercio, ob. cit., p. 667.

Tal situación nos plantea, consecuentemente, un conflicto de fines dentro del concordato preventivo, porque si el comerciante deudor no cumple con las exigencias señaladas en la ley, entonces los intereses de los acreedores y de la economía nacional quedan marginados, en situación de inferioridad, por decirlo así. Por eso se puede afirmar que el concordato preventivo es para el legislador colombiano esencial y prioritariamente un estímulo para el deudor que reúna la calidad de buen comerciante.

Esta problemática de los fines, que por el contrario no se presenta en instituciones como el concordato resolutorio del Código de Comercio y en modernas orientaciones del Derecho Comparado, en las cuales los aspectos conductuales son separados respecto de la vía de solución a la situación de crisis económico-jurídica de un deudor, es decir, no constituyendo aquéllos un presupuesto del concordato -y en general del concurso-, atendiendo ante todo a los intereses de los acreedores, de la empresa y, en definitiva, del interés general, es la piedra de toque de este trabajo, el cual se centra, por tanto, en ver hasta qué punto se justifican las exigencias comportamentales del deudor como presupuesto del concordato preventivo de la quiebra.

4. Hacia una nueva perspectiva del concordato preventivo de la quiebra

Se trata ahora de ir exponiendo algunos aspectos replanteadores de la vigente situación del concordato preventivo en cuanto al presupuesto subjetivo-conductual se refiere.

Para entender a cabalidad las nuevas tendencias, lo mejor es desglosar en dos puntos los núcleos conceptuales en que se fundamentan: la protección de la empresa y la separación del tratamiento concursal de la empresa respecto del tratamiento concursal del empresario.

a) La Protección de la Empresa

La protección de la empresa se basa en que indudablemente ésta aporta grandes beneficios al interés general. En efecto, la empresa «no es un órgano ajeno a la estructura de la vida social, sino una institución cuya influencia en la sociedad actual es creciente...»⁽⁹⁾.

El famoso Informe Sudreau partía también de ese supuesto: la empresa contribuye al interés general mediante la creación de empleos y todo lo que eso comporta; contribuye al interés general por ser fuente de inversión, motor de crecimiento, agente de expansión económica; contribuye al interés general por cuanto no sólo atiende las necesidades de la población, sino porque la competitividad de los productos de la empresa en el mercado extranjero defiende el equilibrio de la balanza comercial y asegura la independencia económica⁽¹⁰⁾.

Debido a este reconocimiento del papel de la empresa frente al interés general es por lo que el Derecho Concursal ha querido relegar la tradicional visión individualista del mismo, para pasar a destacar a la empresa como núcleo económico-social al que debe protegerse por encima de todo.

Jesús Rubio, refiriéndose a las sociedades mercantiles, señala que frente a la necesidad, por un lado, de facilitar la relajación de los lazos contractuales nacidos en virtud del contrato de sociedad, cuando el estado de las relaciones entre los socios hace imposible o difícil la necesaria convivencia, por otro lado, aparece el interés general de mantener una organización industrial, una empresa productiva útil para la vida económica⁽¹¹⁾.

9 MARTÍN ARTAJÓ, Alberto. *La evolución jurídico-social de la empresa*. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, número 50, Madrid, 1973, p. 17.

10 Cfr. Informe del Comité de Estudios para la Reforma de la Empresa, presidido por Pierre Sudreau. Editorial Mapfre, Madrid, 1975, pp. 171-172.

11 Cfr. El principio de conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en Derecho español, en *Revista de Derecho Privado*, tomo XXII, enero-diciembre de 1935, Madrid, p. 288.

Debe decirse que el anterior planteamiento del profesor Rubio se ve confirmado en el actual contexto histórico. Es distinta nuestra época, en la que el Estado tiene un mayor protagonismo en la vida socio-económica, velando por tanto por el interés general, a la del siglo XIX, en la que el Estado procuraba participar lo menos posible en la vida de la sociedad, a efecto de no limitar sus libertades. Por eso el principio de conservación de la empresa es característico de la hora actual, frente a consideraciones de corte decimonónico propias de una época en la que las relaciones socioeconómicas eran menos densas.

Ahora bien, dicha conservación de la empresa no debe ser un objetivo a seguir ciegamente. La empresa debe conservarse cuando ofrezca condiciones para su reestructuración, cuando su revitalización sea viable. A tal punto esto es de gran trascendencia, que puede afirmarse que la posibilidad de reorganización de la empresa ha de ser el único presupuesto o requisito exigible para la apertura del procedimiento concursal⁽¹²⁾.

En el mismo sentido se pronuncia Jurgen Donges⁽¹³⁾, para quien hay que «desistir de querer salvar a ultranza empresas sin potencial para aumentar sus niveles de productividad y competitividad, y aceptar que en una economía que funcione y crezca siempre habrá empresas que desaparecen (y que son reemplazadas por otras que llamamos dinámicas)».

La fuerza del anterior postulado ha encontrado eco en algunas legislaciones, como la ley francesa del 67⁽¹⁴⁾, el decreto número 34 del Tratado de Roma de 1972⁽¹⁵⁾ y la legislación concursal italiana de 1978-1979, entre otras.

12 Cfr. ROJO FERNÁNDEZ, Angel José. *Notas para la reforma de la legislación concursal*, Revista de *Derecho Mercantil*, enero-junio de 1975, Madrid, p. 520.

13 *Problemas actuales de la economía mundial*, en revista *Nuestro Tiempo*, Pamplona-España, octubre 1980, p.38.

14 Puede verse lo que al respecto recoge Leonardo Prieto-Castro, ob. cit., p. 31.

15 Al respecto puede verse a Gerardo Santini, *Soluciones Jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economía de mercado*, en *Reforma del Derecho de Quiebra*, Forum Universidad-Empresa, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1982, p. 44.

Debe señalarse que la aceptación del presupuesto de viabilidad en la reestructuración de la empresa en crisis implica acabar con el divorcio concordato preventivo-quebra, pues lo que se busca es instaurar un momento procesal único (llamado gestión provisional, fase común, etc.), que permita discernir las posibilidades de vida de la empresa.

Pero si el presupuesto tratado es capital, no lo es menos el relativo a la prevención de la crisis. Ahí radica la importancia de la señalización de hechos-pauta que contribuyan a captar rápidamente la situación de crisis patrimonial de la empresa; de no ser así, la restauración de la empresa va a ser por una parte un fenómeno de mayor ocurrencia, y de otra una tarea mucho más compleja, costosa y prolongada. Esto, por supuesto, hay que evitarlo, y el modo para hacerlo es mediante una correcta prevención de la crisis⁽¹⁶⁾.

En Colombia se ha querido que el papel preventivo sea llevado a cabo por las Cámaras de Comercio; en este sentido podemos traer a colación las palabras de Gabriel Melo Guevara, quien señala que «...teniendo en cuenta el origen, la naturaleza y la importante función que deben desempeñar las Cámaras de Comercio (...), parece interesante vincularlas en forma mucho más activa al proceso -el concordato- que se viene tratando. Podrían, por ejemplo, llevar cuenta y registro detallado de la situación financiera de sus afiliados o, mejor aún, de todos los comerciantes en ella inscritos como tales,

16 El citado Informe Sudreau recomendaba los siguientes recursos preventivos a la crisis empresarial: a) Creación de sistemas de alerta, para lo cual debe mejorarse la información de quienes están interesados en la supervivencia de la empresa. b) Debe reconocerse un derecho de intervención a las diversas partes constitutivas de la empresa, consistente, en una primera fase, en un procedimiento de gestión interno, que no comprometa el crédito de la empresa ni la autoridad de sus dirigentes; si esta primera gestión fracasa puede preverse un recurso ante los tribunales. Este derecho de intervención no sería utilizado en todo momento y por cualquier motivo; opera sólo cuando se manifiesten ciertos signos reveladores de dificultades reales o potenciales. Es por ello necesario no mantener más que criterios objetivos que se basen en hechos ciertos, evitando siempre que el desencadenamiento del proceso sea demasiado tardío. (Cfr. Informe Sudreau, ob. cit., pp. 155 a 161).

de manera que estuvieran facultadas para certificar, a solicitud de las entidades autorizadas y con fecha reciente, sobre todos los datos que sean importantes para efecto de las relaciones comerciales que se piensan establecer. Esto otorgaría mayor seguridad y menor riesgo, o por lo menos riesgo calculado. Lo cual redundaría en beneficio de la empresa en cuanto constituiría prevención de posteriores situaciones difíciles. A sus facultades ya muy importantes, las Cámaras de Comercio añadirían la de servir como centrales de riesgos»⁽¹⁷⁾.

Expuestas estas ideas, es justo decir que el principio de conservación de la empresa en nuestro país ha sido materializado de un modo peculiar en el procedimiento de concordato preventivo obligatorio. Pero conviene, como lo han hecho ya varias legislaciones⁽¹⁸⁾, extenderlo a todo el derecho concursal de una manera efectiva, tal como la actual reforma a los concordatos persigue, para evitar «...un criterio privatista, particular, de defender los intereses particulares», en el que ante todo «.. .no se convoca un concordato para salvar la empresa sino para liquidarla», y más bien, por el contrario, busca «...defender la empresa, teniendo en cuenta su importancia para el conjunto de la economía»⁽¹⁹⁾.

Se trata, pues, de pasar a una concepción publicista, socializadora y objetiva -sin presupuestos de carácter subjetivo-conductual- del concurso⁽²⁰⁾, pues éste, como ha señalado con gran tino Devis Echandía, « . . .no es una gracia para el buen comerciante, sino una medida de saneamiento social»⁽²¹⁾; los intereses particulares han

17 La institución concordatoria: necesidad de una reforma, ob. cit., p. 13.

18 Entre las legislaciones podríamos citar: la Ordenanza francesa de 1967, el Decreto-Ley español de 1969 sobre administración judicial de empresas embargadas, la Ley argentina 19.552 de 1972 sobre concursos, la Legislación Concursal italiana de 1978-1979, entre otras.

19 SUÁREZ, José. Super de Sociedades tiene lista reforma a concordatos, en *El Tiempo*, martes 8 de mayo de 1984, última A, números 3, I y 3 respectivamente.

20 Cfr. OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *Los sistemas económicos y las soluciones jurídicas al estado de crisis empresarial*, en La reforma del Derecho de Quiebra, Forum Universidad-Empresa, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1982, p. 109.

21 Cfr. MARTÍNEZ, Nestor Humberto. *Concordato preventivo y quiebra*, Universitas, Bogotá, diciembre de 1981, p. 145.

de quedar entonces subordinados -no anulados- a los intereses más generales.

b) La Separación del tratamiento concursal de la empresa respecto del tratamiento concursal del empresario

El segundo punto replanteador de la actual concepción del concordato preventivo de la quiebra es el referente al principio de separación empresario-empresa, principio que viene a ser consecuencia necesaria del de conservación de la empresa; en efecto, si como dijimos se pasa de una concepción del concurso de carácter subjetivista, individualista, a otra objetivista, social y pública, es lógico que la conducta del deudor empresario -eje sobre el cual gira el concordato clásico sea desmembrada de la célula empresa.

Se trata, entonces, de aplicar un tratamiento jurídico específico a cada uno de los elementos del binomio. Por una parte deben salvarse las empresas que ofrezcan garantías de seguir funcionando, y de otra, debe sancionarse al empresario que ha incurrido en conductas irregulares, sin que dicha conducta condicione el futuro de la empresa. Eso significa que puede mantenerse una empresa en vida aunque su titular se haya comportado irregularmente, y viceversa.

Como se observa, por el hecho de que se divorcien empresario y empresa no quiere por ello otorgarse al empresario culpable una patente de corso; simplemente, la conducta dejará de ser presupuesto o condición del concurso, siguiendo, eso sí, un camino paralelo o al margen de la solución que se tome para la empresa.

Así lo consagró la legislación concursal francesa de 1967. Antonio Polo, al recoger en 1966 el Proyecto de Reforma, señalaba: «una implícita formulación de este principio resulta ya de la misma sistematización de las distintas partes de que consta el proyecto, al consagrar títulos diversos, de un lado para los procedimientos de "arreglo judicial" (...) y "liquidación de bienes", y de otro para las san-

ciones civiles que los mismos puedan comportar, y que si antes se integraban en aquellas instituciones, ahora han sido separadas y reunidas en una única institución, denominada quiebra personal»⁽²²⁾.

Verdadero abanderado y uno de los precursores de la tesis de separación empresario-empresa en la ley francesa mencionada fue Roger Houin, quien formula este principio en su doctrina crítica del derecho francés del 20 de mayo de 1955, desarrollada en la comunicación presentada a la Inspección General de Finanzas el 6 de octubre de 1964, titulada "La permanencia de la empresa a través de la quiebra" . Decía Houin: «El legislador parece no haber visto el interés que habría en distinguir en tales hipótesis entre los dirigentes que pueden ser legítimamente afectados por sanciones (...) y la empresa que pudiera ser útil mantener pasándola a otros dirigentes»⁽²³⁾. Y más adelante desarrollando el mismo punto, decía: «El legislador no parece haber percibido que eliminando al deudor también eliminaba a la empresa, incluso en las hipótesis en las cuales ésta era susceptible de ser corregida y era económicamente útil»⁽²⁴⁾.

De esta forma se consagraba una línea divisoria entre la quiebra personal y la quiebra patrimonial o, lo que es lo mismo, que la quiebra personal limitaba sus efectos al plano no patrimonial.

En esta misma dirección se sitúa, entre otros ejemplos, el proyecto español de Bases para una Ley Concursal. En efecto, en la Base XV se establece que «la calificación (del concurso) tendrá carácter personal y será independiente de la concreta modalidad del procedimiento concursal que pueda adoptarse». Y en concreto, para la

22 *El proyecto de reforma de la legislación francesa de quiebras*, Revista de Derecho Mercantil, vol. XLI, N^o 99, enero-marzo de 1966, Madrid, p. 314.

23 *Permanence de L' entreprise a travers la faillite*, en Aspects économiques de la faillite et du régleme nt judiciaire, Rapport de l'Inspection Générale des Finances, Bibliothèque de Droit Commercial, tomo 20, Librairie Sirey, París, 1970, p. 136.

24 HOUIN, Roger. ob. cit., p. 136.

modalidad del convenio -que es la modalidad a la cual se le brinda primacía-, se afirma que «todo deudor, cualquiera que haya sido su conducta o la de sus administradores, podrá concluir un convenio con sus acreedores como medio de solucionar la crisis económica judicialmente declarada» (Base XI).

En Colombia este principio fue establecido ya en el Decreto 750 de 1940, el cual, siguiendo con la tradición unitaria del derecho de quiebra, estableció un nuevo orden de cosas, pues el convenio entre deudor y acreedores podía realizarse en cualquier estado del juicio de quiebra independientemente de la conducta del deudor (artículo 34). Igual concepción aparece en el actual concordato resolutorio (concordato dentro de la quiebra, artículos 1.986 y siguientes). Al respecto, Horacio Montoya Gil⁽²⁵⁾ anota que en dicho convenio «...no se hace discriminación alguna en el sentido de que el deudor sea de buena o mala fe», lo cual fue expresado previamente en la Comisión Revisora del Código de Comercio, que sobre este convenio dijo que, «en esta materia se ha conservado la orientación general del Decreto 750, para permitir la celebración de concordatos a toda clase de deudores, desde el inculpable hasta el fraudulento, a diferencia de lo que se hace en la mayor parte de las legislaciones, que excluyen de toda posibilidad de tales convenios a los deudores sindicados de quiebras ocurridas en determinadas circunstancias o grados de culpa. Esta orientación la considera lo suficientemente justificada la Comisión, por el hecho de que el concordato no sólo tiene el sentido de una ventaja o medida de favor para el quebrado, sino que es también y especialmente una medida de protección de los acreedores, que pueden obtener de esta manera los mismos y acaso mejores resultados que con la prosecución del juicio»⁽²⁶⁾.

Este fenómeno lleva a plantearse el siguiente interrogante: ¿Qué razón justifica que para acogerse al concordato preventivo haya que cumplir unas condiciones de tipo subjetivo-conductual, si, en caso

25 ob. cit., p. 96.

26 Proyecto de Código de Comercio, ob. cit., p. 667.

de no ser satisfechas y desembocar el proceso en quiebra, después dentro de él existe la posibilidad de un concordato o convenio en el que no se exigen dichas condiciones? Y aún más: si se llega a concordato resolutorio, una vez eliminada la posibilidad de concordato preventivo por falta de las condiciones exigidas al deudor, atendiendo así a los intereses de los acreedores y de la economía, ¿no lleva esto a pensar que lo que hay que reconocer en primera instancia son los intereses más trascendentes en una situación de crisis de un patrimonio, y no, la situación subjetiva del deudor, la cual no deja por eso de ser regulada?

Como se observa, nuestro concordato resolutorio consagra perfectamente el principio de separación de la empresa respecto del empresario, dando así un tratamiento jurídico específico a cada uno de los polos.

Este es además el deseo de la actual reforma al régimen concordatario, que por una parte denuncia que «en el actual sistema no es posible adelantar acciones penales contra empresarios deshonestos y deudores dolosos hasta la declaratoria de quiebra», y por otra, propone que «...en cualquier momento se pueda iniciar una acción penal cuando las circunstancias así lo ameriten»⁽²⁷⁾.

Ahora bien, de lo expuesto acerca de la reforma de los concordatos adelantados por la Superintendencia de Sociedades no se colige exactamente que el elemento subjetivo-conductual deje de constituir presupuesto del concordato preventivo.

Por eso debemos concluir tajantemente que por lo que nos demuestran instituciones concursales del mismo derecho colombiano, así como el derecho comparado y las modernas orientaciones del Derecho Concursal, la concepción del concordato preventivo como beneficio condicionado por exigencias de conducta del comerciante deudor, no halla una plena justificación. Consideramos en conse-

27 SUÁREZ, José. ob. cit., números 10 y 8, respectivamente.

cuencia, que debe rechazarse tanto la concepción del concordato preventivo como estímulo al buen comerciante, así como la técnica que cataliza dicha concepción. Por el contrario, creemos que debe establecerse, partiendo de las líneas orientadoras del Derecho de Quiebra que hemos desarrollado, el nuevo enfoque derivado de él, así como crear los instrumentos necesarios y adecuados para hacerlo efectivo.